

# 「修補に代わる損害賠償」論序説

——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——

原  
田  
剛

はじめに

第一章 課題設定——「修補に代わる損害賠償」論

第一節 改正民法における契約不適合責任

第二節 本稿の課題と構成

第二章 旧第六三四条小史——「修補に代わる損害賠償」を中心として

はじめに

第一節 立法者（起草者）意思

第二節 学説小史

第三節 判例法理

第四節 要約

第三章 民法改正における議論

はじめに

第一節 民法旧第六三四条削除の意味

「修補に代わる損害賠償」論序説（原田）

第二節 平成一四年判決に関連した立法者意思  
結びに代えて

## はじめに

二〇一七年改正民法（以下、単に民法という。）により、民法第六三四条は、改正前の「（請負人の担保責任）」から、「（注文者が受ける利益の割合に応じた報酬）」という内容に変更された。すなわち条文自体は存続してはいるものの、「請負人の担保責任」の内容は「削除」された。<sup>(1)</sup> 本稿は、ここで削除された「請負人の担保責任」の内容のうち、とりわけ、旧第六三四条第二項前段に規定されていた「修補に代わる損害賠償」に照準を当て、この内容が改正民法においてどのように処理されることとなるのか、についての解釈論の方向性を得ることを目的とするものである。

## 第一章 課題設定——「修補に代わる損害賠償」論

### 第一節 改正民法における契約不適合責任

#### 一 改正民法における契約不適合責任の内容

さて、冒頭において示した旧第六三四条の内容の削除の主たる形式的根拠は、売買の規定が有償契約である請負契約（第六三二条）にも準用される（第五五九条）ことに拠る、と言われる。具体的には、売買目的物が「契約の内容に

適合しない（以下、契約不適合という。）ものであるとき」、買主は、追完請求権（第五六二条）、代金減額請求権（第五六三条）、損害賠償請求権（第五六四条、第四一五条）および契約解除権（第五六四条、第五四一条、第五四二条）を有し、これらの諸権利が、可及的に、注文者の権利にも準用されることとなる（同第五五九条、同第六三二条）、と言うものである。

以上の準用に漏れた内容、すなわち旧第六三四条第二項後段、すなわち「第五三三条の規定の準用」の内容の削除については、どうか。この点は、旧同条項後段の内容は民法第五三三条の括弧書き（「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む。」）に含まれることとなる、と言うものである。<sup>(2)</sup>

## 二 買主の諸権利の体系的関連

それではこれら買主の諸権利はどのような関係にあるのか。はじめにこの点について体系的な整理を試みておこう。まず、引き渡された目的物が契約不適合のものである場合、売主の帰責事由を必要とすることなく追完請求権が認められる。そして、売主に追完の機会を与えるために原則として相当期間を定めた催告とその経過を要件として代金減額請求権が認められる（第五六三条第一項）。

つぎに、契約不適合につき売主に帰責事由が存在する場合には損害賠償の請求が認められ（第五六四条前半）、帰責事由が存在しなくても解除の請求が認められる（第五六四条後半）。なお、後者については、相当期間の催告を要件とする解除権（第五四一条）と、これを要件としない解除権（第五四二条）とに細分化されている。

これらの諸権利は全て売買の節（第三編第二章第三節）に規定されており、まず追完請求権と代金減額請求権は売買

の節(第三節)に独自に規定されている。つぎに損害賠償請求権は、債権総則(第三編第一章)の第四一五条に接続し、契約解除権は、契約総則(第三編第二章第一節)の第五四一条および第五四二条に接続している。これらの形式により、債権法の体系的関連性が示されている。

そして、売買の節の規定に発する以上の諸権利を有償契約に準用する形式(第三節第一款)により、体系的な整序がなされている。

最後に、以上の整序から漏れた、「修補」ないし「修補に代わる損害賠償」と報酬とのあいだの「同時履行」の例外には、契約総則(第一節)において双務契約の効力を規定する民法第五三三条(同時履行の抗弁)の括弧書きに「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む。」という文言を新たに挿入することによって、対処している。

以上のようにして、旧第六三四条(「請負人の担保責任」)の削除が体系的にも正当化されている、と言うものである。

## 第二節 本稿の課題と構成

### 一 課題設定

さて、そこで以下のような問いが呼び覚まされる。

旧第六三四条の「修補に代わる損害賠償」請求権は、何処へ行ったのか、という問いである。この問いに対しては、例えば以下のが容易に想起される。「修補」が「債務の履行」であり、それが損害賠償に「代わる」、ということであるなら、第五六四条を介して第四一五条へ、ということになるのか。

この点を、「改正民法の立案事務に関与」された<sup>(3)</sup>立案担当者<sup>(4)</sup>はつぎのように解説される。「新法では、仕事の目

的物が契約の内容に適合しない場合には請負人の債務は未履行であると整理し、修補に代えて、又は修補とともにする損害賠償請求については債務不履行の一般的な規定を適用するものとしている<sup>(5)</sup>。すなわち「文言から明らかなように」、改正民法第四一五条第二項の「履行に代わる損害賠償」条項は適用されず、「基本規定である同条第一項の枠内で処理される」。その場合、「具体的にどのような要件の下で損害賠償請求が許容されるかは解釈に委ねられている<sup>(6)</sup>」<sup>(6)</sup>と。

これに対し、この点を、学界の一部では次のように解説される。旧第六三四第二項の内容を削除しつつ、「追完に代わる損害賠償請求権」に関する規定を設けなかった点として、「追完請求権と同様、履行に代わる損害賠償請求権に関する本条（第四一五条）二項によって処理することを企図したものと考えられる<sup>(7)</sup>」とされ、立案担当者とは異なる理解のもとに、具体的な解釈論が提示されている<sup>(8)</sup>。また、この点に関しては、第五六三条「買主の代金減額請求権」を類推する解釈論も提示されている<sup>(9)</sup>。

以上の立場に対し、既に改正案が出された時点で、旧第六三四条第二項が規定する「修補に代わる損害賠償」として代表的なものであった「修補費用」を、「費用」性に着目して独立に抽出し、改正後における法的根拠（条文中の根拠）が提示されている<sup>(10)</sup>。この立場は、立案担当者とも学界の解説書とも異なる発想と論理に基づくものである。すなわち、改正法（案）（当時）には、それまで「修補に代わる損害賠償」として認められてきた「修補費用」に関する規律に新たに法の欠缺が生じている、との認識のもとに解釈論が提示されている、<sup>(10)</sup>と言い得る。というのも、周知のように、これまでは、旧第六三四条第二項のもとで、修補請求と共に、選択的に、修補請求に代えて直ちに（修補費用を含む）損害賠償請求が肯定されてきたが、この立場は、このような改正前の同条項の解釈と通用が、旧第六三四条を削除し、

無責の追完・有責の損害賠償、という、本文に整理した二〇一七年民法改正の枠組みが、「修補に代わる修補費用」としての損害賠償請求の実体法上の根拠を失わしめた、との認識を前提とするものと推測されるからである。<sup>(1)</sup>

以上のように、従来の「瑕疵」担保責任<sup>(2)</sup>は、二〇一七年の民法改正により、債権総則（総論）と債権各則（各論）、契約総則（総論）と契約各則（各論）という、これまでのパンデクテン体系の総則定立方式に基づく<sup>(3)</sup>省格的<sup>(4)</sup>性格が巧みに活用され体裁が整えられているように見受けられる。にもかかわらず、右に垣間見た如く、「修補に代わる損害賠償」に限定して観察した場合、既に改正民法の公布段階において立案担当者と学界とのあいだに異なった見解が主張され、また学界内部においても複数の見解が主張され、後者のうちにも発想を異にする立場も存在している。換言すれば、改正後における「修補に代わる損害賠償」の法的根拠については、明確な一致が存在しない状況にある、<sup>(5)</sup>と言い得るのである。「修補に代わる損害賠償」は、<sup>(6)</sup>何処へ行ったのか<sup>(7)</sup>、を問う所以である。

## 二 本稿の構成

本稿は、この点の要因の一斑を解明し、改めて「修補に代わる損害賠償」は、<sup>(8)</sup>何処へ行くべきか<sup>(9)</sup>の手掛かりを得ることを目的とするものである。別言すれば、このことは、旧第六三四条の内容上の「削除」の実質的な立法者意思が何処にあるのかを探究することでもある。そして、その行き先を見定めるためには、旧第六三四条のこれまでの軌跡を回顧し、これまでの意義を確認しておくことが不可欠である。なぜなら、以上の問いに答えるためには、その前提として、そもそも「修補に代わる損害賠償」とは、民法において、如何なる性質・意義・内容・機能をもって存在してきたかが明らかにされねばならない、と考えられるからである。

そのために、以下では、まず、主として旧第六三四条のうち、「修補に代わる損害賠償」の歴史（「小史」）を回顧する（第二章）。それらは、立法者（起草者）意思（第一節）、学説小史（第二節）および判例法理（第三節）、に細分化される。今回の民法改正が、判例法理を重要なものと考えていることからすれば、判例法理が最後に登場している点に若干の違和感が存するかもしれない。しかし、以下の概観からも明らかとなるが、旧第六三四条における判例法理は、学説の影響を受けて展開され、その学説はまた立法者（起草者）意思を考慮して展開されている点を考慮したものである。この点をあらかじめお断りしておく。つぎに、「小史」を踏まえ、改めて、二〇一七年の民法改正における若干の議論を紹介する（第三章）。最後に、以上の内容を要約し、同時に、「修補に代わる損害賠償」の法的根拠論の方向性を展望する（結びに代えて）。

## 第二章 旧第六三四条小史——「修補に代わる損害賠償」を中心として

はじめに

本章の目的は、旧第六三四条のなかの「修補に代わる損害賠償」を中心とし、その法的性質・内容を踏まえ、民法改正までに果たしてきた役割（機能）を明らかにする点にある。この観点から、以下では、旧第六三四条における「起草者意思」を踏まえ、「修補に代わる損害賠償」請求につき、立法者（起草者）意思（第一節）、学説（第二節）および判例法理（第三節）の抽出を試みる（第四節）。その際、主として、（１）旧第六三四条の趣旨、（２）「修補に代わる損害賠償」の趣旨（およびその法的性質）、（３）請負人の損害賠償義務の性質（無過失責任性）、に重点をおいて整理する

こととする。なお、各節における抽出においては、該当する原文を掲げ（但し、漢字については現在使用されているものに直している。「條文」を「条文」、「註文者」を「注文者」、「至當」を「至当」の如し）、それに適宜、要約を掲げ、かつ筆者のコメントを付していることを、お断りしておく。

## 第一節 立法者（起草者）意思

### 一 旧第六三四条の趣旨

1 旧第六三四条は、旧民法財産取得編第二七八条第一項を改正したものである。<sup>(12)</sup> 起草者の穂積陳重は、この改正の趣旨説明のなかで、注文者の瑕疵修補請求権を規定した理由をつぎのように説いている。

「材料ノ上ニ仕事ヲ加ヘマシタ場合ニ於テ其仕事ニ瑕疵アル場合ハ今日通常ノ取引ニ於テ是ハ具合ガ悪ルイカラ直オシテ呉レトカ是ハ少シ注文通りニ往ツテ居ラヌカラ修復シテ呉レトカ云フヤウナコトハドウモ注文者ノ權利トシテ是ヲ求メルコトノ出来ルノガ至当ト思ヒマス既成法典ニ於テハ固ヨリ此權利ハ有ル積リデゴザイマセウ乍併明ニ明文ヲ以テ是ヲ認メテハナイ取得編ノ第二百七十八条ニ『注文者カ異議ヲ留メスシテ工作物ヲ受取リタルモ後日其物ノ使用ニ不適當ナル隠レタル瑕疵ヲ發見スルトキハ注文者ハ其受取ヲ取消シテ代価ノ減殺又ハ其一部ノ返還ヲ請求スル權利ヲ失ハス』ト云フコトガ第一項ニアリマスノデ一旦受取リマシタ以上ハ兎ニ角修補ヲ請求スルコト杯ハ出来マセヌ受取ルマデニ是ハマダ注文ニ適ハヌカラ修復ヲシテ呉レトカ又少シ斯ウシテ呉レナケレバ受取ラヌトカ云フコトガ言ヘルノデゴザイマセウ、<sup>ママ</sup>サウ解釈スルノガ穩当デアラウト思ヒマス兎ニ角修補ノ

請求權ト云フモノヲ明ニ認メテ居リマスセヌ本案ニ於テハ是ガ注文者ノ瑕疵担保ノ第一デアツテ最モ必要デ最モ通常ニ行ハレルコト、思ヒマスカラ是ガ第一ノ点デアラウト思ヒマシテ此處ニ是ヲ明ニシマシタ。《以下略》<sup>13)</sup>

以上の点を、「民法修正案理由」は、より簡潔に述べている（句点は引用者<sup>14)</sup>）。

「本条以下数条ハ請負人ノ瑕疵担保ノ責任ニ関スル規定ニシテ殊ニ本条ハ請負契約ニ於テ普通ニ行ハルル瑕疵ノ修補ノ義務ヲ規定セリ既成法典財産取得編第二百七十八条第一項ノ規定ニ依レハ工作物ヲ受取りタル後ハ注文者ハ瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得サルモ受取前ニ於テハ既成法典モ亦瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ許スモノナルヘシト雖モ法文ニ依リテ之ヲ明示セス本条ハ目的物ノ受取前ハ勿論受取りタル後ト雖モ目的物ニ瑕疵アルトキハ請負人ヲシテ修補セシムルコト最モ普通ニシテ且實際ノ便利ニ適スルモノト認メ本条ニ於テ注文者ニ瑕疵修補ノ請求權ヲ与ヘ相当ノ期間ヲ指定シテ修補ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ《ただし書に關する説明を省略》故ニ既成法典其他二三ノ立法例ニ依レハ目的物ニ瑕疵アル場合ニ於テ代価減少ノ請求權ヲ認ムト雖モ本条ハ瑕疵ト代価減少ノ割合ヲ定ムルコト甚困難ナルノミナラス請負契約ニ於テハ寧ろ瑕疵ヲ修補セシムルヲ以テ当事者ノ意思ニ適スルモノト認メ代価減少ノ請求權ヲ以テ本条ノ通則ト為ササルナリ《以下、第二項の説明に続く》」。

## 2 要点は以下の通りである。

(1) 旧民法財産取得編第二七八条第一項によれば、仕事の受取前は修補請求を否定するものではないが、受取後

は修補請求を明示していない<sup>(15)</sup>。しかし、「通常の取引においては具合が悪いから直してくれ」、「注文どおりにいつていないから修復してくれ」ということを注文者の権利として認めることが至当である。本案においては、修補請求権が注文者の権利として最も必要でありかつ通常行なわれるものであることから、第一のものとして認めた、とする。

なお、外国の二三の立法例には、代金減額請求権（代価減少ノ請求権）を認めているが、①瑕疵と代金減額との割合を定めることが困難であること、②請負契約においては瑕疵修補が当事者意思に適すること、から、代金減額請求権を通則としなかった、とする。

(2) 穂積起草委員の趣旨説明にある、「注文どおりになっていないから修復してくれ」とは、「契約内容に反しているから、修補して契約内容を充たせ」ということであり、契約により発生した債務が内容通りに履行されていないので、「修補」により内容通りにしてくれ、というものである。「民法修正案理由」では、修補と代金減額請求権との比較で述べられており、(1)のように、「請負契約においては瑕疵修補が当事者の意思に適するもの」と述べている点が、これに対応するであろう。

## 二 「修補に代わる損害賠償」の趣旨

1 (1) 「乍併必ズシモ其修補ヲ請求スルト云フコトガ第一デ修補ヲシナケレバドウアルト云フコトヲ<sup>この部分不明</sup>スルニ及ビマセヌ又向フガ修補スルコトヲ拒ミマスレバ債務履行ノ総則ニ依リテ自カラ修補シテ其費用ヲ請求スルコトガ出来マス又修補ヲ欲シナイ場合ニ於テハ修補ニ代ヘテ損害賠償ノ請求ヲ為スコトガ出来ル又修補ヲ為シ

テモ尚ホ損害ガアレバ其賠償ヲサセルコトガ出来ルト云フコトハ至当ナコトデアツテ是モ等シク諸国ノ法典ニモ存シテ居リマスカラ是ヲ採用致シマシタ《以下略》

この点を、「民法修正案理由」は、つぎのように述べている。

「本条第二項ハ注文者カ修補ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求シ或ハ修補ヲ為サシムルト同時ニ尚ホ損害アルトキハ其損害ヲ請求シ得ルコトヲ認ムルモノニシテ主トシテ實際ノ便宜ニ本ツキ多数ノ立法例ニ倣フテ之ヲ設ケタリ而シテ請負人カ瑕疵ノ修補ヲ拒ムトキハ注文者ハ他ニテ之ヲ修補セシメ其費用ヲ請求スルコトヲ得ルハ債務履行ノ通則ニ依リ明白ナリトス《以下、同時履行に関する記述は(2)へ》」

(2)「民法修正案理由」は、以上に続けて、第二項後段の「第五三三三條の準用」につき、つぎのように述べる。

「本項ノ場合ニ於テ契約ノ同時履行ニ関スル第五百三十二條(引用注…現行の第五三三三條を指す)ノ規定ヲ準用スル所以ハ請負人ハ瑕疵ノ修補又損害賠償ヲ履行スルマテハ注文者ハ報酬ノ給付ヲ拒ムコトヲ得之ニ依リテ損害賠償ト報酬トヲ相殺スルコトヲ得セシムルヲ以テ正當ニシテ且便利ナリト認ムト雖モ此二種ノ債務ハ其發生ノ原因ヲ異ニスルモノナレハ第五百三十二條ニ規定スル如ク同一ノ契約ヨリ生スル債務ノ同時履行ニ関スル原則ハ本項ノ場合ニ当然之ヲ適用スルコト能ハサレハナリ」<sup>(16)</sup>

2 (1) 起草者の趣旨説明の要点は、四つである。(1) 修補請求が第一である、(2) しかし、債務者が修補に  
 応じなければ、「債務履行の総則<sup>(17)</sup>により」みずから修補して修補費用を請求できる、(3) また、修補を欲しない場合  
 は「修補に代えて損害賠償の請求」ができる、(4) 修補してもなお損害があれば賠償請求ができる、ということであ  
 る。そして、これらの内容は、諸国の法典にも存在することから採用した、と言うものである。

以上のうち、本稿の課題との関係で重要なのは、修補を欲しない場合には「修補に代えて損害賠償請求」ができる  
 とする(3)である。このような条項が挿入された点につき、(2)において、債権総則で規定する第四一四条の代  
 替執行を挙げつつ、何故に、「修補」以外に「修補に代わる損害賠償」文言を挿入したのか、その意義については、  
 なお未解明である。その意味では、なお一個の課題である。もつとも、この点を措き、既に、注文者には、「修補」  
 自体を貫徹するのか、それとも「修補に代わる損害賠償」を請求するかの選択肢が存在することが明示されている。  
 本稿との関係では、特に、第四一四条の強制履行(代替執行)とは別に、修補を欲しない場合は修補に代えて損害賠  
 償を請求できるとしている点が、重要な内容である。

## 第二節 学説小史

### 一 岡松参太郎<sup>(18)</sup>

#### 1 旧第六三四条の趣旨

(1)「第二項 請負人ハ契約ノ本旨ニ従ヒ其契約シタル仕事ヲ為スコトヲ要シ従テ其仕事ノ目的物ハ一定ノ性質ヲ

具備シ瑕疵ナカラシムコトヲ要ス故ニ目的物ニシテ瑕疵アルトキハ請負人ハ其責ニ任スルコトヲ要ス。唯タ其方法ニ至リテハ(1) 契約ノ解除(2) 報酬ノ減少(3) 損害ノ賠償(4) 瑕疵ノ修補等數多アリト雖モ相当ノ期間内ニ瑕疵ヲ修補セシムルコトハ最モ当事者ノ意思ニ適合シ實際ニ便利ナルベシ(旧法典其他二三ノ立法例ハ此場合ニ於テ報酬ノ減少ヲ認ムト雖モ其割合ヲ定ムルコト極メテ困難ニシテ紛議ヲ増加セシムルニ過キス)〔損害ノ賠償ニ付テハ第二項契約ノ解除ニ付テハ次条ニ之ヲ規定ス〕。《以下、但書については略》

(2) 請負人の四つの責任のうち、瑕疵修補が「最も当事者意思に適合し実際に便利である」と述べる。

## 2 「修補に代わる損害賠償」の趣旨

「第二項 請負人カ瑕疵ノ修補ヲ為サ、ルトキハ注文者ハ第三者ヲシテ之ヲ修補セシメ其費用ヲ請求スルコトヲ得ルハ五一四(引用者注…四一四の誤りか?)二項ノ規定ニ依リ明瞭ニシテ別ニ規定ヲ要セスト雖モ修補ニ代ハ又ハ之ト共ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ實際上便宜ナルヲ以テ多数ノ立法例ニ倣ヒ本項前段ニ之ヲ規定セリ。《以下略》」

ここでは、修補に代えて損害賠償の請求ができる点については、「実際上の便宜」と比較法的観点から基礎づけられている。

## 3 請負人の損害賠償義務の無過失責任性

「修補に代わる損害賠償」論序説(原田)

この点については、直接の言及はない。

## 二 梅謙次郎

起草者であるが、「学説」として扱う。

### 1 旧第六三四条の趣旨

「請負ノ目的ハ一定ノ仕事ヲ完成スルニ在ルヲ以テ若シ其仕事ニ瑕疵アルトキハ是レ未タ其履行ヲ了ヘサルモノナリ故ニ本条ニ於テ先ツ請負人ハ注文者ノ請求ニ応シ其瑕疵ヲ修補スヘキモノトセリ」<sup>(19)</sup>。

仕事に瑕疵があるときは未履行（「未タ其履行ヲ了ヘサルモノ」）であるから、請負人は注文者の瑕疵修補請求に応じなければならない、とする。「未履行」から「修補請求」を導出する論理は、後述の未弘説が「債権の一部」から「修補請求」を導出することへと繋がっている、と考えられる。

### 2 「修補に代わる損害賠償」の趣旨

以下では、小見出しを付け、旧第六三四条第二項全体について紹介しておくこととする。

#### （1）「修補義務」に加えて「損害賠償責任」を認めた趣旨

「請負人ヲシテ単ニ修補ノ義務ノミヲ負ハシムルモ未タ足レリトスルコトヲ得ス蓋シ瑕疵ヲ修補スルモ或ハ其



五百三十三条ノ規定ハ双務契約ヨリ生スル双方ノ義務ニ関スルモノナルカ故ニ特ニ明文ヲ以テ之ヲ本条ノ場合ニ準用セシナリ而シテ其精神ニ至リテハ第五百三十三条ニ於ケルト毫モ異ナルコトナク専ラ公平ヲ旨トシタルモノナリ」

後述の末弘説が着目する如く、修補を欲せず損害賠償請求を欲するのであれば修補を強制できないとしている点が、本稿との関係では重要である。もつとも、この論理は既に穂積陳重（起草委員）によつてその趣旨が述べられていたものである。第二項後段による第五三三條の準用の理由は、先に挙げた「民法修正案理由」とほぼ同じである。

さらに内容的な点で重要な解釈論を展開しているのは、「修補に代わる損害賠償」の内容である。ここでは、節のある板の使用による例を挙げて説明しているが、そこで考えられている損害賠償の内容は、「瑕疵なき物の価値」と「瑕疵ある物の価値」との「差額」である。

### 3 請負人の損害賠償義務の無過失責任性

この点については、直接の言及はない。

### 三 末弘巖太郎

#### 1 旧第六三四条の趣旨および修補請求権の法的性質

「請負ハ有償契約ナルガ故ニ売買ニ関スル担保責任ノ規定ハ之ヲ請負ニ準用シ得ベキコト勿論ナリト雖モ

(五五九) 民法ハ尚ホ特ニ請負ニ付テ別段ノ規定ヲ設ケタリ」と述べたうえで、「瑕疵修補義務」につき、「修補請求権ハ請負契約上ノ債務ノ履行追完ヲ請求スルモノニ外ナラザルガ故ニ其性質契約上ノ債権ノ一部ニ外ナラズ」<sup>(21)</sup>。

担保責任を有償契約による売買の規定の準用を前提としつつも、「特に請負について別段の規定を設けた」とし、瑕疵修補請求権は請負契約上の債務の「履行追完」を請求するものであり、その性質は「契約上の債権の一部」である、とする。

売買の担保責任の準用にとどまらず特段の規定（瑕疵修補義務）が設けられた理論的根拠は、瑕疵修補請求権が「履行ノ追完」請求を意味し、その性質は「債権ノ一部」である、と規定する。

## 2 「修補に代わる損害賠償」の趣旨

「損害賠償義務」につき、

「瑕疵ノ修補ニ代ハル損害賠償ハ修補義務ノ不履行ニ因ル損害賠償即チ法律上修補ニ代ハルベキ損害賠償ニアラズシテ注文者ハ初メヨリ選択的ニ修補又ハ損害賠償ヲ請求シ得ルモノトス。故ニ此債権ハ債権者ニ選択権アル選択債権ノ一種ニシテ凡テ選択債権ニ関スル一般原則（四〇六以下）ノ適用ヲ受クベシ」<sup>(22)</sup>（傍点は引用者）と一般原則を述べた後、次のように、具体的解釈論を展開する。

「従ヒテ（イ）賠償請求ヲ為スニ付キテハ先ズ修補ノ請求ヲ為シテ其不履行ヲ俟ツコトヲ要セズ。（ロ）又修補請求ニ於ケルガ如ク『相当ノ期限ヲ定メテ』賠償請求ヲ為スコトヲ要セズ」<sup>(24)</sup>（ハ）尚修補義務ハ請負人ノ請負契

「修補に代わる損害賠償」論序説（原田）

約上ノ債務ニ外ナラザルガ故ニ之ト注文者ノ報酬債務トノ間ニハ同時履行ノ抗弁アリ得ベキコト上述ノ如シト雖モ(五三三)賠償義務ハ經濟上修補義務ニ代ルベキ性質ヲ有スルノミニテ法律上之ニ代ハルベキモノニアラザルコト上述ノ如クナルガ故ニ之ト報酬義務トノ間ニハ純理上第五三三條ノ適用ヲ受クベキ關係ナシ。然レドモ法律ハ特ニ公平ノ觀念ニ基キテ此場合ニモ亦第五三三條ノ準用アル旨ヲ定メタリ(六三四條後段)。(ニ)尚又本規定ノ損害賠償請求權ハ前項ニ於ケルト異ナリテ『瑕疵ガ重要ナラザル場合ニ於テ其修補ガ過分ノ費用ヲ要スルトキ』ト雖モ亦發生ス。蓋シ本項ニ付キテハ前項但書ノ如キ規定ナキノミナラズ前項但書ノ規定ハ瑕疵輕微ナルニ拘ラズ其修補ニハ特ニ過分ノ費用ヲ要スル場合ニ現實的修補ノ請求ヲ許スハ不当ナルガ故ニ之ヲ禁止セルニ過ギザルヲ以テ修補ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求スルハ毫モ同規定ノ精神ニ反スルコトナケレバナリ。《以下略》。

ここには、重要な法理が創造されている。(1)「修補に代わる損害賠償」は、「法律上」修補に代わるべき性質を有しないが、「經濟上」修補義務に代わるべき性質を有する。(2)「修補に代わる損害賠償義務」は、「修補義務の不履行によるものではな」く、初めから「修補義務」と併存しており、これら修補請求權と修補に代わる損害賠償請求權とは、梅・要義が言及する如く、「選択債權」の一種である。(3)それ故、「修補に代わる損害賠償請求」のために、修補請求をして不履行を俟つ必要もなければ、期間設定の必要もない。

### 3 請負人の損害賠償義務が無過失責任性

この点についての直接の言及はない。

#### 四 小括その一（梅・末弘説）

##### 1 視点——無過失責任の萌芽

現行民法（明治二十九年民法）の起草者意思を踏まえて、岡松、梅および末弘説を、ここで小括しておこう。それまでの論理を明晰にした末弘・債権各論は、通説を形成した鳩山・我妻説（後述）の先駆的意義を有し、修補義務と修補に代わる損害賠償義務との併存を基礎づけている。それ故、この点の論理を抽出して闡明しておくことが、後の学説の展開を理解するうえでも有意義である。

起草者意思から末弘・債権各論までは、修補に代わる損害賠償義務の無過失性について一言もしていない点は、先に見た通りである。それでは、いかなる論理により、これと同様な結論を導こうとしているのか。以下、この点の論理を改めて整理してみよう。

##### 2 起草者意思における瑕疵修補義務の位置づけ

この点につき、起草者（穂積陳重）は、（1）修補請求を、「通常の取引においては具合が悪いから直してくれ」、「注文どおりにいってないから修復してくれ」ということを注文者の権利として認めることが至当であるから第一のものとして認めた、とする（契約により発生した債務が内容通りに履行されていないことから「修補」請求が導かれており、追完請求を第一次的に認めていると言い得る）。（2）そして、債務者が修補に応じなければ、「債務履行の総則（第四一四条）に依り」みずから修補して修補費用を請求でき、（3）また、修補を欲しないときは「修補に代えて損害賠償の請求」ができる、と考えた。この（3）には、既に、注文者が、瑕疵修補請求と修補に代わる損害賠償請求を選択的に主張し得ることが含意されている。

以上の点につき、岡松・理由も、(1)につき、「最も当事者意思に適合し実際に便利である」とし、当事者意思を明示している点は、起草者(穂積陳重)の説明と同趣旨である。こんにち言うところの契約責任説による追完の論理が存すると言ひ得る。

### 3 梅・要義の論理

梅・要義は、以上の論理を、より明確にした。「請負の目的は一定の仕事を完成することにあるから、仕事に瑕疵があるときは、未だその履行を完了していない」と。その要点は、瑕疵ある仕事は「未履行」である、それ故、まず請負人は注文者の請求に応じて瑕疵の修補をすべきである、という点に存する。すなわち、「未履行」から瑕疵修補を導出するのである。

梅・要義はつきに、末弘・債権各論の選択債権論を準備する。すなわち修補に代わる損害賠償を欲する注文者に修補を強いることはできない、とする論理であり、この論理を明確化する。もつとも、この点は、既に起草者(穂積陳重)意思から一貫した論理である。末弘・債権各論が梅・要義を援用しているが、梅・要義の独創ではない点は、既にみた如くである。

### 4 末弘・債権各論の論理

以上の成果が、末弘・債権各論に結実する。

まず、瑕疵修補請求権は請負契約上の「債務の履行追完」の請求であり、その性質は、「契約上の債権の一部」である。「債務の履行追完」であるから、「債権の一部」である、と言うわけである。

つきに、修補に代わる損害賠償の性質につき、経済上は修補に代わる性質を有するが法律上はそうではない、と規

定する。この規定を前提として、「修補に代わる損害賠償請求」は、「修補義務の不履行によるものではなく、最初から「修補義務」と併存している、と考える。したがって、修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権とは「選択債権」である。それ故、「修補に代わる損害賠償請求」のために、修補請求をして不履行を俟つ必要もなければ、期間設定の必要もない、と言うわけである。

## 5 要点の命題化

以上の整理を、ここまでの学説の到達点として、以下に命題化しておこう。

- (1) 瑕疵修補請求権は「履行追完」請求であるから、「債権の一部」である。
  - (2) 修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権とは選択債権である。
  - (3) したがって、「損害賠償請求」には修補の不履行も期間設定も必要ない。
- 以上の点を確認して、つぎに、鳩山・我妻説を見ておくこととする。

## 五 鳩山秀夫

### 1 旧第六三四条の趣旨および修補請求権の法的性質

#### (1) 担保責任の法的性質

「第六百三十四条以下ノ規定ニ依ル請負人ノ責任ハ材料ニ瑕疵アリタル場合ニ限ルニアラズシテ、材料ニ加ヘタル工作ノ不完全ナル場合ニモ之ヲ生ズルコト明ナルヲ以テ此後ノ場合ニ付テハ債務不履行ノ一種タル不完全給

付二対スル特別規定ナリト解セザルベカラズ」。<sup>(25)</sup>

「請負人の責任」規定は、債権総論における債務不履行の一類型たる不完全履行（不完全給付）を前提とし、その「特別規定」である。それは、「請負人の責任」が「工作の不完全な場合にも生ずる」からである。

(2) 瑕疵修補請求権の性質

「上二述べタル瑕疵アルトキハ注文者ハ修補ノ請求権ヲ有ス。請負人ニ過失アル不完全給付ニ基キテ目的物ニ瑕疵ヲ生ジタル場合ニハ注文者ハ債務不履行ニ関スル一般原則ニ基キテ此修補ノ請求権即チ不完全給付ノ追完ノ請求権ヲ有スベシ。民法ガ特ニ修補ノ請求権ヲ認メタルハ此修補ノ請求権ヲ認ムベキ範圍ヲ擴張スルコトガ請負契約ノ性質ニ適スルモノトナシタルガ為メナリ。故ニ此権利ヲ以テ債務不履行ノ効果ニ過ギザルモノト為スハ不当ナリ」(傍点は引用者)。

と述べる。

注文者の瑕疵修補請求権は、過失を要件とする債務不履行（不完全履行（不完全給付））の効果としての追完請求権の性質を有するが、請負契約の性質から、修補請求権を認める範圍を拡張した（単に債務不履行の効果に過ぎないものではない）、と述べる。ここに言う「範圍を拡張した」ことの意味は、「無過失」の場合にも瑕疵修補請求権を認めたこと

を意味する、と言えよう（後述）。

(3) 同時履行問題 他方で、

「修補ノ請求権ハ請負契約ヨリ生ズル請求権ニシテ其修補ヲ終ハルニアラザレバ請負人ハ仕事ヲ完成シタリトイフコトヲ得ズ。故ニ注文者ハ修補ノ完了スルマデ報酬ヲ支払フコトヲ要セザルモノトス」と述べる。この点は、判例批評においてはより明解に述べられている。

「瑕疵ノ修補ヲ請求スルハ不完全給付ニ付テ給付ノ追完ヲ請求スルモノナルガ故ニ尚双務契約ヨリ生ジタル債務ノ履行ヲ請求スルモノニシテ此債務ノ履行ト反対給付ノ履行トガ同時履行ノ関係ニ在ルハ言ハズシテ明ナルガ故ニ唯多少ノ疑問アルベキ損害賠償ノ請求ニ付テノミ第五百三十三条ノ準用アルコトヲ規定シタルナリ」<sup>(26)</sup>。

「瑕疵修補」を「不完全給付」における「追完請求」であり、双務契約により生じた「債務の履行」である点が、同時履行との関係で、より直截に述べられている。この点では、末弘説の「債権の一部」論による「債務の履行追完」の立場に立つと評することができる。

2 「修補に代わる損害賠償」の趣旨

「瑕疵ノ修補ニ代ハルベキ損害賠償請求権ハ瑕疵修補ノ請求権ト相並ビテ法律ノ認メタル請求権ニシテ瑕疵修補ノ請求権ガ損害賠償請求権ニ変ズベキコトヲ認メタルニアラズ。随ツテ注文者ハ瑕疵ノ修補ヲ請求セズシテ直

チニ損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ妨グズ」(傍点は引用者)。

修補に代わる損害賠償請求権と修補請求権は「法定の」「相並んだ」請求権である、とする。これは、末弘説と同様に、選択債権であることを意味している。

### 3 請負人の損害賠償義務が無過失責任である点

「損害賠償義務ノ要件ニ付テ本条ハ特ニ規定ヲ設ケズト雖モ、第一項ト同一ノ要件存在スルヲ以テ足ルモノト解スルヲ正当トスベク、随ツテ目的物ノ瑕疵ガ請負人ノ過失ニ因リテ生ジタルコトヲ必要トセザルモノトス(反対独民六三五条)<sup>(28)</sup>」。

ここに、鳩山説の新規性を見出し得る。この点の淵源は、既に1で述べた瑕疵修補請求権の議論の延長線上にある。現在の意義は、(1)旧第六三四条第二項の「修補に代わる」場合を含めた「損害賠償義務」が無過失責任である点を、同条第一項の「瑕疵修補義務」が無過失責任である点から導出している点、および、(2)ドイツ民法第六三五条と反対の立場に立つことを宣言した点、に見ることができる。

## 六 我妻榮

### 1 旧第六三四条の趣旨および法的性質

(1) 担保責任の法的性質 「請負は請負人が仕事をする内容として、完成された仕事の瑕疵は、単に材料の瑕疵からだけでなく、請負人の仕事のやり方の不完全なことからも生じ得るので、その点に着眼して、特別の内容を定めたのである」と述べる。<sup>(29)</sup>

(2) 修補の法的性質 「修補は追完を意味する」と定義する。<sup>(30)</sup>そして、「瑕疵が請負人の責に帰すべき事由によつて生じた場合には、不完全履行の効果として、注文者は、追完すなわち修補を請求し得るはずである(債総(二二二)参照)。請負人の担保責任としての修補義務は、瑕疵が請負人の責に帰すべからざる事由による場合に拡張されたこととなる」<sup>(31)</sup>とし、無過失責任の根拠を述べる。

以上の点は、鳩山説と同様である。

## 2 「修補に代わる損害賠償」条項の趣旨

「瑕疵の修補に代えて損害賠償を請求するとは、修補を請求することと選択的に行うことができる趣旨である。従つて、修補が不能であるか、または瑕疵が重要でなくその修補に過分の費用を要する場合(六三四条一項但書の場合)だけでなく、瑕疵修補が可能な場合にも、修補を請求せずに直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することができる(鳩山五八八頁、末弘七二二頁等通説)<sup>(32)</sup>(傍点は引用者)と解すべきである

修補と修補に代えての損害賠償が選択債権である点は、末弘説、鳩山説を継承する。

## 3 請負人の損害賠償義務が無過失責任である点

「修補に代わる損害賠償」論序説(原田)

(1) 瑕疵担保責任一般につき「有償契約の典型としての売買における売主の担保責任を無過失責任と解する以上、請負人の瑕疵担保責任も同様に解するのが適当である(同旨鳩山五八八頁。——ドイツ民法(六三三条・六三四条)及びスイス債務法(三六八条)では、請負人の責に帰すべき事由がなければ、代金減額請求権を生ずるだけで、損害賠償請求権は生じない。立法主義を異にするというべきである<sup>(33)</sup>)」。そして、「売主の担保責任を無過失責任と解する根拠」を「現在多数の説は、有償契約たる売買においては、売主にさような責任を認めることが公平でもあり、かつ取引の信用を保護することになつて適当だとして、法律が特に認めたものだと言ふ<sup>(34)</sup>」点に求める。

(2) 「この損害賠償義務は無過失責任であること、……前述した通りである<sup>(35)</sup>」とは、(1)を指す。

鳩山説とは異なる根拠が提示されている。売買における売主の担保責任が無過失責任であることに求めるとともに、ドイツ民法およびスイス債務法とは「立法主義を異にする」と解している。

## 七 小括その二(鳩山・我妻説)

### 1 鳩山・我妻説の「苦惱」<sup>(36)</sup>

鳩山・我妻説の特徴は、一方で、末弘説の「債権の一部」論による「債務の履行追完」および選択債権論を承継しつつ、他方で、帰責事由(故意過失)を要件とする債務不履行の「類型」とされる当時の「不完全履行(不完全給付)論を、ドイツから導入した点にある。鳩山・我妻説が最も腐心することとなる解釈論上の課題の淵源はここにあると言い得る。この点につき、鳩山説においては、なお「債務の履行」と「不完全履行」が併存している(我妻説においては、「不

完全履行」が前面に出ている)。例えば、既に紹介した同時履行に関する記述(本稿六五頁)においては、一つの矛盾が存在している。それは、瑕疵修補を、一方でそれまでの末弘説と同じく「債務の履行」と認識しつつ、他方で「不完全給付(履行)」の効果としての「追完請求権」と認識しているのである。換言すれば、鳩山説の不完全履行(不完全給付)論は、債務不履行の二類型であることから、その法律効果として「追完請求権」が発生するためには有責性を必要とすることになる。他方、「債務の履行」と捉えるなら有責性を必要としないこととなる。

すなわち、帰責事由を要件とした不完全履行の法律効果である「追完」(ここでは瑕疵修補)論と、末弘説によって明確化された日本法のそれまでの法律状態(債権の一部論による「債務の履行追完」との矛盾を如何にして止揚するかという点が、新たな解釈論上の課題となるのである)。

それでは、この課題を、鳩山・我妻説はどのように解決したのか。鳩山説は、この矛盾を回避するために、「請負契約の性質」から「適用範囲を拡張した」とし、かかる論理によりこの矛盾を「克服」した、と推測される。

そして、この点が、損害賠償請求権を無過失責任とする点において最も鮮明に現れることとなる。

2 「瑕疵担保」責任を無過失責任とすることにつき、鳩山説も我妻説も、最終的には、ドイツと立法主義を異にする、との価値判断に立った解釈論を展開したのである。その可否を措き、このような価値判断により、不完全履行論が導入された以降も、それまで末弘説によって整理された解釈論がその後の学界および実務において貫徹されることとなったのである。

## 八 奥田昌道<sup>(36)</sup>

「修補に代わる損害賠償」論序説(原田)

以上のなかにあつて、債権総論の不完全履行論において展開した奥田昌道の見解は、既に別稿において指摘したところであるが、<sup>(37)</sup>「追完（瑕疵修補）を債務不履行の法律効果と捉える鳩山・我妻説（それ故に帰責事由を必要とする）」に対し、「債権の効力」たる「本来的履行請求権」自体から生ずるものであることから、帰責事由を必要としない点を基礎づけた。もつとも、以上の立法史・学説史を概観すると、末弘説の「債権の一部」論（梅の「未履行」論）、に回帰しているとも言い得る。もつとも、仮にそうであつたとしても、鳩山・我妻説の「不完全履行論を踏まえたうえで、別言すれば、有責性を要件とする不完全履行の効果たる「追完」という論理を潜り抜けたうえで、本来の履行請求権に修補を基礎づけた点に、奥田説の重要な現在の意義がある。

## 九 総括

### 1 学説の要約

以上、二つの小括を含め、最後に、学説のこんにちまでの到達点を改めて、命題化して要約しておくことにしよう。

(1) 瑕疵修補請求権は、「未履行」であるから生じる（梅）。「債権の一部」であるから、「履行追完」請求である（末弘、鳩山）。不完全履行による「追完」を意味する（鳩山、我妻）。本来的履行請求権から生ずる（奥田）。

(2) 修補請求権は無過失責任である（未履行（梅）・履行追完（末弘）・本来的履行請求権（奥田）からは当然に、鳩山・我妻は担保責任の無過失責任性から）。

(3) 修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権とは選択債権関係にある（梅、末弘、鳩山、我妻）。

(4) したがって、「修補に代わる損害賠償」を請求するには、修補請求も不要であり、期間設定の必要もない（明

示は末弘。

- (5) また、「損害賠償請求権」は、無過失責任である（鳩山、我妻、奥田）。
- 2 以上の学説の到達点を踏まえ、次節で判例法理を抽出することになしう。

### 第三節 判例法理

判例については、戦前と戦後に分けて採り上げて、分析することとする。

#### 一 戦前の判例

- 1 大審院明治四二年四月二七日判決<sup>(38)</sup>

戦前の大審院時代の判例については、既に末弘説が引用している判例を注において挙げておいた。重要な判例であり、以下にこれを紹介し、若干のコメントを付しておくこととする。

この判例の事案は、上告論旨によれば、つぎの如くであった（説点を付す）。

「被上告人（引用者注…注文者）ハ、第一審ニ於テ上告人（引用者注…請負人）カ完成シタル係争ノ建築物ハ建築  
用材総テ劣等品ヲ使用シ工事モ頗ル粗畧ナルタメニ、被上告人ハ莫大ノ修補ヲ施スニ至リ、被上告人カ上告人ニ  
支払タル金額ニ万五千四百九円三十銭ト係争ノ建築物ノ実価金一万三千八百六十七円二十七銭トノ差額ヲ以テ損  
害トナシ、之ヲ請求シ、其他ノ損害ハ凡テ之ヲ放棄シ、第二審ニ至リテハ被上告人ノ支払ヒタル金額ト建築物ノ

実価トノ差額ヲ求ムルコトナクシテ河合浩藏ノ鑑定ニヨル該建築物ノ修補費金三千四百七十五円六十二銭ヲ以テ損害ナリト主張シタ」。

ここで先ず重要なのは、修補に代わる損害賠償額の内容である。この点につき、第一審では、請負代金と建築物の「実価」との差額（一一五四二円三銭）を以て損害額として主張しているが、第二審では、建築物の「修補費」（三四七五円六二銭）を以て損害額として主張している。上告人は、まずこの点を問題としつぎのように主張する（句点は引用者が付す）。

被上告人は

「訴ノ原因タル事実ヲ変更シタルモノナリ。決シテ被上告人ハ損害額ノ標準ヲ変更シタルモノト云フ可ラス。第二審ニ於テハ訴ノ変更ハ相手方ノ承諾アルモ之ヲ許ササルハ民事訴訟法第四百十三条ノ規定スル所ナリ。然ルニ第二審判決ハ同条ニ違背セル裁判ナリ」と。

これに対し、大審院は、つぎのように判断し、上告理由を退ける。

「訴ノ原因ニ変更ナシトスル裁判ニ対シテ不服ヲ申立ツルヲ得サルコトハ民事訴訟法第九十七条ニ規定スル所ナリ。然ルニ本論旨ハ原院カ本件ニ於テハ訴ノ原因ヲ変更シタルモノニ非スト判示シタルニ対シ不服ヲ唱へ原

判決ヲ攻撃スルモノナレハ上告ノ理由ト為スヲ得ス」。

さて、そこで本稿の直接の論点であるが、上告人はこの点を、「上告論旨第三点」においてつぎのように主張する（句読点および傍線は引用者が付す）。

「上告人ハ甲第一号証ノ請負金総額金二万八千九十四円三十銭ニテ被告上告人ヨリ本件係争ノ建物ヲ築造スルコトヲ約シ、明治三十七年五月十六日全部竣功シタルヲ以テ直ニ之カ引渡ノ通知ヲ為スト同時ニ、請負残金六千四百九十四円三十銭及ヒ契約以外ニ被告上告人ノ注文ニ係ル臨時工金六百八十四円八十銭ノ支払ヲ請求シタルニ、被告上告人ハ其引渡ヲ拒ミタルヲ以テ、遂ニ当事者間ニ仲裁契約ヲ以テ其引渡ヲ完了シ、上告人ハ六千四百九十四円三十銭ノ支払ヲ受ク可キモノトシ、其他ノ費用ハ之ヲ請求セサルコトヲ決定シ、明治三十七年七月十三日建物全部ヲ被告上告人ニ引渡シタルニ、残金ノ内三千八百九円三十銭ヲ支払ヒ其余ハ追テ被告上告人ノ金融ノ豊ナル時ニ支払フト云フニ止リシタメ、上告人ハ被告上告人ニ対シ同年ノ秋ニ残金支払ノ請求ヲ神戸地方裁判所ニ提起シタリ。故ニ被告上告人ハ本件全部ヲ異議ナク受領シタルモノナレハ、契約違反ニヨリ損害賠償ヲ請求スルハ不当ナリ。仮令上告人カ契約違反アリトスルモ、民法第六百三十四條第一項ニ從ヒ、被告上告人ハ上告人ニ対シ相当ノ期限ヲ定メテ工事ノ瑕疵ヲ修補スヘシトノ請求ヲナス可キモノナルニ、被告上告人ハ斯ノ如キ請求ヲ為サスシテ直ニ損害賠償ヲ請求スルヲ得ス。……建物ヲ異議ナク受領シ後ニ損害賠償ヲ求ムルハ不当ナリ。然ルニ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタル第二審判決ハ民法第六百三十四條第一項ニ違反セル裁判ナリ」と。

「修補に代わる損害賠償」論序説（原田）

これに対し、大審院はつぎのように判示し、上告理由を退ける（句読点および傍線は引用者、傍点は民録原文）。

「……仕事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ請負人ニ対シテ其瑕疵ノ修補ヲ為サシメ若クハ之ニ代ヘテ損害賠償ノ請求ヲ為スヲ得ルコトハ民法第六百三十四条ニ規定スル所ニシテ、注文者カ前者ノ請求ヲ為ストキハ請負人ノ為メニ相当ノ期間ヲ与フ可キモ、後者ノ請求ヲ為ストキハ相当ノ猶予ヲ与フルコトナク直チニ之カ請求ヲ為スヲ得ルコトハ同条ノ規定ニ依リ明白ナリ。依テ工事ノ修補ニ代ヘテ損害賠償ノ請求ヲ為ス本件ニ於テ、原院カ民法第六百三十四条第一項ノ規定ヲ適用セサルハ相当ニシテ本旨ハ採用スルヲ得ス」。

## 2 コメント

本稿の課題からすれば、本判決の要点は、言うまでもなく、「修補に代えて損害賠償の請求をする」場合には、「請負人のために相当の期間を与えることなく直ちになし得る」とする点にある。民法制定時から一〇年少々の時期の判決であるが、既に検討した立法者（起草者）意思および梅・要義などとも一致する見解である。

もっとも、本判決は、これに加えて、「修補に代わる損害賠償」の内容につき、既に指摘しているように、第一審では、請負代金と建築物の「実価」との差額を損害額として主張し、第二審では、建築物の「修補費」を損害額として主張している。この点が重要である。これは、「損害賠償」の内容について、既に梅・要義によって規定されていた、瑕疵のない仕事（節のない板による天井）の「価」と瑕疵ある仕事（節にある板による天井）の「価」との「差額」（本稿

五七頁参照）とは、いずれも異なっており、とりわけ「修補費用」を損害額として肯定している点に新規性がある。後述の如く、戦後の判例が多く、「修補に代わる損害賠償」の内容として、「修補費用」を含むことを前提としているが、本判決はこの点においても、その嚆矢と言い得るものであり、この点でも重要な判決である。

## 二 戦後の判例

### 1 修補請求と「修補に代わる損害賠償」請求とを択債権と考える判例

(1) 最高裁昭和五二年二月二十八日第二小法廷判決<sup>(4)</sup>

事案の概要は以下の通りである。原告（注文者）Xと被告（請負人）Yとのあいだで石垣・石積工事請負契約を締結し、工事が完成した。それから約一年後に上段の石垣部分に軽微な亀裂が二箇所発見されたことから、両者で覚書が作成された（二箇所亀裂の確認、これから二年間、瑕疵修補または修補に代えて、または修補とともに損害賠償請求ができること）。その後、一ヵ月半後、上段石垣部分が約二〇mにわたって崩壊した。そこでXは損害賠償（崩壊場所の片付費用二四万二〇〇〇円、上段石垣工事費用相当額一九万四二五四円の合計二五万五二五四円）を請求した。第一審原告勝訴、第二審原告勝訴（控訴棄却）。そこで、Y上告。

上告理由 「仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、まず瑕疵の修補を請求し、請負人がその請求に応じない場合にのみ損害賠償の請求がなされるものと解すべきである。しかるに、原判決が修補請求がなされたどうかを審

理せず、にわかに損害賠償の支払を命じたのは、審理不十分なしは理由不備の違法がある。」

判旨 「民法六三四条一項所定の瑕疵修補請求権と同条二項所定の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とのいずれを行使するかは、注文者において自由に選択することができるのであつて、注文者は、瑕疵修補の請求をすることなく直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することもできるものと解するのが相当である。」

本判決は、修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権につき、注文者が選択権を有する選択債権であることを肯定した最初の最高裁判決として重要である。<sup>(42)</sup> なお、ここでも、損害賠償の内実は、修補費用（「上段工事費用相当額」）が九割近くを占めている（もつとも、片付費用も修補費用を含めると全額が修補費用とも言い得る）。

(2) 最高裁昭和五四年三月二〇日第三小法廷判決<sup>(43)</sup>  
事案の概要は、以下の通りである。<sup>(44)</sup>

X（建築請負業者）は、Y会社（注文者）から、その代表者の居宅の廻りにコンクリート塀を築造する工事を請け負い、工事に着手した。Xは、工事の八割方と附帯工事の全部を終えて約定による出来高払いの代金を請求したが、Yが支払ってくれなかった。そこで、Xは、Yに対し、民法第五四一条により請負契約を解除したうえで、出来高による代金相当額の損害を被ったとして、損害賠償を請求した。原審は、XのYに対する損害賠償債権を二二〇万四九三〇円

と認定した。

これに対し、Yは、相殺の抗弁を提出し、自働債権として、さきにYはXに対し代表者の前記居宅の建築を注文し完成して引渡しを受けたが、瑕疵があったとし、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権として、①浄化槽と廃水装置とが不完全であったため修補するのに支出した六万五二〇〇〇円、②ポイラー機械の不備による修補のために支出した一〇〇万円など、合計四一七万一二七五円を主張した。

原審は、①のうち五万六〇〇〇円、②のうち一万五〇〇〇〇円の限度で自働債権の成立を認め、その余を排斥し、受働債権二一〇万四九三〇円とのあいだで相殺勘定をし、Xの請求の一部を認容した。これに対してXが上告した。

Xの上告理由の要点は以下の通りである。「瑕疵修補が可能な場合には、民法第六三四条一項の規定によるべきであり、直ちに同条二項を適用することは原則としてできないと解するのが相当である。但し、この場合でも請負人の担保責任を規定した民法第六三四条二項による請求をするためには、同条一項の『相当ノ期間ヲ定メテ其ノ瑕疵ノ修補ヲ請求』しても請負人が修補義務を履行しないときに、注文者は同条二項により修補に代えて損害賠償の請求をすることができるとを定めたものと解するのが相当である。」「しかるに、被告は本件建物の浄化槽及び排水設備工事の瑕疵について、原告に対する『相当期間を定めた修補請求』をすることなく」「原告に無断で第三者に修補させたのであるから、民法第六三四条二項を適用する要件を欠いているというべ」きであり、「原告に対する請求権は発生しない」。

これに対し、最高裁は、以下のように判示した。

「仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なときであつても、修補を請求することなく

直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することができるものと解すべく、これと同旨の見解を前提とする原判決に所論の違法はない。論旨は、独自の見解に基づいて原判決を論難するにすぎないものであつて、採用することができな

## 2 「修補に代わる損害賠償」に含まれるとする判例

これに該当する判例については、個々に紹介することをしませんが、最判昭和三十六年七月七日民集一五卷七号一八〇〇頁、最判昭和五一年三月四日民集三〇卷二号四八頁、最判昭和五四年三月二〇日判時九二七号一八六頁、最判平成九年二月一四日民集五一卷二号三三七頁、最判平成一四年九月一四日判時一八〇一七号七七頁（建替え費用相当額賠償を認めた判決。以下、平成一四年判決と言う。）等は、すべて「修補費用」ないし「修補費用相当額」が損害賠償額の基礎となつている事案である点を指摘するに留める。

## 3 「修補に代わる損害賠償」請求と報酬債権との同時履行

この点に関する周知の重要な判例は、(1) 最判平成九年二月一四日民集五一卷二号三三七頁および(2) 最判平成九年七月一五日民集五一卷六号二五八一頁である。

(1) 判例 「請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対して瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかつた場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、民法六三四条二項により右両債権は同時履行の關係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞に

よる責任も負わないものと解するのが相当である。」

(2) 判例 「請負人の報酬債権に対し注文者がこれと同時に履行の關係にある目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権とする相殺の意思表示をした場合、注文者は、請負人に対する相殺後の報酬残債権について、相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞による責任を負うもの」と解するのが相当である。

ただし、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬債権とは、民法六三四条二項により同時履行の關係に立つから、注文者は、請負人から瑕疵修補に代わる損害賠償債務の履行又はその提供を受けるまで、自己の報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わないと解される(1)判例)、注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として請負人に対する報酬債務と相殺する旨の意思表示をしたことにより、注文者の損害賠償債権が相殺適状時にかかのぼって消滅したとしても、相殺の意思表示をするまで注文者がこれと同時に履行の關係にある報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わなかったという効果に影響はないと解すべきだからである。」

### 三 要約

1 以上、戦前の大審院判決および戦後の最高裁判決においても、修補請求と「修補に代わる損害賠償」とは選択債権として併存していると考えられている。そして、修補が可能であっても、修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害賠償を請求できるというのであるから、損害賠償請求についても過失を問題としてないことも当然の前提とされていると考えられる。

2 つぎに、ここに言う「損害賠償」には、「修補費用」ないし「修補費用相当額」も含まれている。

3 最後に、以上の諸点の承認を前提とし、旧第六三四条第二項後段における第五三三条（「同時履行の抗弁」）の準用規定は、「修補に代わる損害賠償」を請求する場合も、瑕疵修補を請求する場合との均衡をも考慮し、同時履行を主張し得るとした点は、実務においても重要な判例法理として定着している点も看過されてはならない。

#### 第四節 要約

##### 一 要点

最後に、立法者（起草者）意思、学説の展開におけるこれまでの要点に、判例を加えた全体を通して、民法旧第六三四条（とりわけ第二項）につき、改めて、以下の諸点をその共通の要点として抽出し、命題化しておく。

##### 1 瑕疵修補請求権の発生根拠

- (1) 「未履行」であるから生じる（梅）。
- (2) 「履行追完」請求であるから、「債権の一部」である（末弘、鳩山）。
- (3) 不完全履行による「追完」を意味する（鳩山、我妻）。
- (4) 本来的履行請求権から生ずる（奥田）。

##### 2 「損害賠償請求権」の性質

無過失責任である（鳩山、我妻、奥田（梅・末弘も同様に解されよう））。

##### 3 修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権との関係

選択債権である（梅、末弘、鳩山、我妻、判例）。

4 「修補に代わる損害賠償」請求のための要件  
修補を請求する必要はなく、期間設定も必要ない（明示は未弘。判例）。

5 「修補に代わる損害賠償」の項目

これには、「修補費用」ないし「修補費用相当額」が含まれる。

6 報酬債権との同時履行

「修補に代わる損害賠償」債権とのあいだにも同時履行が認められる（判例）。

二 旧第六三四条の「花」としての「修補に代わる損害賠償」

以上からすれば、旧六三四条は、請負における担保責任の中心的位置を占めてきたことが看取される。とりわけ、同条第二項の「修補に代わる損害賠償」は判例実務においても最も重要な役割を演じてきた。正に「花」であったと言い得るであろう。

それでは、この「花は何処へ行ったのか」。

改めてこの点に関する改正論議を次章において確認しておくこととする。

## 第三章 民法改正における議論

はじめに

以下では、立案担当者の解説と国会での審議における政府委員の説明から、旧第六三四条の削除に関連した「立法者意思」的要素の抽出を試みる。

### 第一節 民法旧第六三四条削除の意味

#### 一 立案担当者の立場

民法旧第六三四条が削除された事情につき、立案担当者は以下のように解説される。

「仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の担保責任について、現代社会においては売買の担保責任と大きく異なる規律とする合理性に乏しいことから、基本的に民法第五九条による売買の担保責任の規定を準用することで売買と同様の規律が及ぶものとした上で、売買と重複する規定や合理性が認められない規定（旧法第六三四条、第六三八条、第六四〇条）を削除するなどして規定を整理している（なお、請負に特有の担保責任に関する規定としては、新法第六三六条、第六三七条がある。）<sup>45)</sup>」。

それでは、「合理性が認められない」として挙げられている「旧法第六三四条」については、如何なる点において合理性が認められないと考えられているのか。この点について、以下のように解説される。

「旧法は、請負に特有の規定として、仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は請負人に対して瑕疵修補請求ができるとした上で、その瑕疵が重要である場合には、その修補に過分の費用を有するときであっても、請負人が修補義務を免れないとしていた（旧法第六三四条第一項）。

しかし、新法では、売買の担保責任について目的物の修補等による追完請求ができるとしており（新法第五六二条。○25参照）、この規定が請負についても準用される（民法第五五九条）。そのため、それと別に瑕疵修補請求ができる旨の規定は不要となった。また、現代社会では、建築技術の進歩等により、高額な費用をかければ修補が可能な場面も想定されるようになったため、瑕疵が重要ではあるものの修補に過分の費用を要するとき（注1）であっても修補義務を免れないとすると、請負人の負担が過大となる場合が生じ得る状況となっていた。

そのため、瑕疵が重要である場合に請負人に現実に修補させることとしていた点においては規定は合理性を失っていた。<sup>46)</sup>

そこで、旧第六三四条第一項を削除している。

（注1）「新法の下では、過分の費用を要するときは、修補は取引上の社会通念に照らして不能であると扱われ、履行不能に関する一般的な規定（新法第四二二条の二第一項）によって、請負人に修補を請求することはできないことになる。履行不能による損害賠償請求において、その過大な費用相当額を損害として賠償請求することもできないと解

## 二 立案担当者の構想

以上の解説に加え、本稿の冒頭で紹介した立場をも考慮し、立案担当者が旧第六三四条を削除した後の構想について要約的に整理しておこう。

- 1 前提・請負人の担保責任については売買の規定が準用される（第五九条）。
- 2 修補規定（旧第六三四条第一項）
  - （1）第五六二条が準用される。
  - （2）もつとも、修補に過分の費用を必要とするときには修補不能（履行不能）となる（第四二二条の二第一項）。
- 3 損害賠償（旧第六三四条第二項前段）
  - （1）第五六四条が準用される。
  - （2）「修補に代わる損害賠償」については、第四一五条第一項が適用される。
- 4 「修補に代わる損害賠償」、「修補とともにする損害賠償」については、第五三三条が直接適用される。

## 三 コメント

以上の構想により、旧第六三四条の内容は種々の場所に分散しそこにおいて新たに展開されることとなった、と言い得る。その場合にとりわけ、上記二二（2）「修補に過分の費用を要する場合の修補不能」および同三（2）「修補

に代わる損害賠償」が、解釈論上の課題として重要となってくるであろう。これらの点は、今後の課題となるが、次節において、これらに関連する内容として、国会での審議においてなされた政府委員の発言を取り上げ、一つの視点を提供しておくことにしよう。

## 第二節 平成一四年判決に関連した立法者意思

一 ここでは、旧第六三四条第二項の「修補に代わる損害賠償」の解釈により建替え費用相当額賠償を肯定した平成一四年判決の内容が、民法改正においても前提とされている点について、国会審議における以下のような政府委員（小川秀樹法務省民事局長）の答弁を紹介しておこう。この答弁は、直接には、民法旧第六三五条ただし書の削除の趣旨説明においてであるが、そのなかで、損害賠償の範囲に関連して、以下のような重要な内容（立法者意思）が表明されている（傍線部は引用者）<sup>(48)</sup>。

「建物に重大な欠陥がある場合に、注文者の請負人に対する建てかえ費用相当額の損害賠償が認められますと、これは、みずから欠陥のある建物を注文者側が撤去することができますので、実質的に請負契約の解除を認めたことと同じことになることもあって、御指摘ありましたように、かつては、建てかえ費用相当額の損害賠償が認められるかどうかについて争いがございました。これにつきましては、先ほど御指摘ありましたように、平成十四年九月二十四日の最高裁の判決において建てかえ費用相当額の損害賠償が認められ、この争いには決着がつくこととなりました。

御指摘のように、この判決によって、建てかえ費用相当額の支払いを受けてみずから欠陥のある建物を撤去することができるとしたため、現行法六三五条ただし書きは実質的に意味を失ったという評価も可能です。しかし、形式的には同条ただし書きが残っております関係上、この判決を知らなければ、注筆者の方といたしますと、請負契約を解除することはできず、契約を解除して建物の撤去などの原状回復を求めることはできないと受けとめる可能性もございました。

そこで、改正法案は、判決の趣旨をも踏まえ、現行法第六百三十五条ただし書きを削除しましたものでございまして、これは国民に分かりやすい民法とするという観点から意義があるものというふうに考えております。」

二 ここには、改正民法の下においても、(1)平成一四年九月二四日の最高裁判決の判例法理は生きていること、(2)建替え費用相当額の支払いを受けて「みずから欠陥ある建物を撤去することができる」こと(ここにいう「撤去」は解除に関連して述べられたもので、「建て替える」ことを含むことは当然であろう)が前提となつていて、ということが、立法者意思として表明されている。もしこのように言い得るとすれば、このような考慮は、例えば、本稿で取り上げた立案担当者の立場においては、第四一五条一項(具体的には第四一六条)における損害賠償の解釈論に反映されることになるであろう。

## 結びに代えて

本稿では、旧第六三四条の削除に関し、とりわけ同条第二項の「修補に代わる損害賠償」に照準を合わせ、改正前の立法者意思を踏まえ、学説・判例の立場を整理し、これと、主として立案担当者の立場を整理して比較するなかで、今後の解釈論の課題の抽出を試みた。その具体的内容は、既にそれぞれの箇所て指摘した部分もあるが、最後にそれらの点を前提とし、重複を避けて要点を整理しておこう。

一 「修補に代わる損害賠償」が第四一五条第一項の解釈問題とすると、損害賠償の範囲は、第四一六条によることになる。その場合、具体的にどのような基準により判断されることになるのか。この点では、前述のように、例えば建替え費用相当額賠償を認めた平成一四年判決の内容が、新たに本条の判例法理として位置づけられることになるであろう。

二 学説・判例の到達点である選択債権性は、改正後の立場では考慮されなくなるように思われる。それは妥当か。この点について、別稿への架橋として少しだけ補足しておこう。すなわち、売買契約における「瑕疵修補請求権の法的構成」の構築に関連して、それが改正前の議論であり、しかも改正前の規定（例えば一例として本稿が問題とした旧第六三四条第二項）の存在をも前提とされたものであり、条文が削除された改正後の今となつてはもはや同様には解されないとも思量されるところであるが、この点（以下の引用も、旧第六三四条第二項の援用部分は除外している。）を超えて、「瑕疵修補請求権」と「修補に代わる」損害賠償請求権」の選択債権性という本稿の課題との関係においても、それ

までの不完全履行論などに関連して、既に森田宏樹教授により、重要な指摘がなされていた。すなわち、従来の通説の見解によれば、「追完可能な場合には、相当の期間を定めて完全な履行を請求（催告）し、それに応じない場合のみ損害賠償を請求しうる、とされる。もっとも、通説の見解においても、右の原則が厳格に貫かれているわけではない。すなわち、履行遅滞に基づく填補賠償につき、つねに催告を要するわけではなく、履行が可能であってもそれが債権者にとってはほとんど利益がなくなった場合には、直ちに填補賠償の請求をなしうるとするものも多く、これによると追完可能な場合も同様に考えられよう。その理由としては、債権者の利益を基準とすれば不能と同視しうるといふ論理によって説明されるが、債権者の利益を考慮するのであれば、さらに一歩進めて、債権者にとって瑕疵修補（追完請求）よりも損害賠償を請求した方が望ましいと考えられる場合には、直ちに修補に代わる損害賠償を認めてもよいのではないだろうか。／＼この点で、従来の学説においても、瑕疵修補請求と損害賠償ないし代金減額請求との関係につき、一定の場合に売主に両者の選択を認める見解がむしろ多い。例えば、買主が代金減額請求に満足するときとか、売主の給付した目的物の瑕疵が著しいなど、買主が売主に対し不信をいだくのを正当とするとき、などである。また、判例も、瑕疵担保責任と不完全履行責任の選択というそれ自体問題のある法律構成によるものであるとはいえ、一般論として、完全履行請求権と損害賠償請求又は解除との買主の選択権を認めており、この結論を支持する学説もある。〔以下略〕<sup>49)</sup>。そこで、仮に妥当でないとすれば、新たな解釈論は存在するのか。

三 二に関連して、改正民法においては、「修補に代わる損害賠償」には帰責事由を必要とすることになるが、これまでの判例実務との関係で、この点はどのように処理されるべきこととなるのか。<sup>50)</sup>

さしあたり、以上の点を確認し、これらを筆者の今後の探究課題とすることを記し、本稿を閉じる。

- (1) これに対し民法旧「第六三五条」および第六三八条から第六四〇条までは「抜け般的意味」における「削除」である。
- (2) 筒井建夫(法務省大臣官房審議官(当時)) 〓村松秀樹(法務省民事局参事官(当時))「一問一答民法(債権関係)改正」(二〇一八年、商事法務)(以下、一問一答という。)三四一頁(注三)、二二六頁。
- (3) 一問一答「はじがき」より。
- (4) この用語は、一問一答の「帯」から借用させていただいた。
- (5) 一問一答三四〇頁。
- (6) 一問一答三四一頁(注2)。
- (7) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(二〇一七年、きんざい)七〇頁。
- (8) 潮見佳男『新債権総論I』(二〇一七年、信山社)四八三頁。なお、(田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見佳男 〓千葉恵美子 〓片山直也 〓山野目章夫編『詳解改正民法』(二〇一八年、商事法務)所収一三〇頁(一三八頁)。
- (9) 田中洋・前掲論文。
- (10) 磯村保「売買契約法の改正——「担保責任」規定を中心とす」LAW AND PRACTICE 10号(二〇一六年)六一頁(七二頁)。
- (11) もっとも、修補請求と修補に代わる損害賠償とを選択的に行使できる点については批判的見解が存在している。青野博之「買主の追完請求権についての立法論——請負及びドイツ売買法を参考にして」法時八二巻(二〇一〇年)一〇四頁(一〇七頁)は、「売買目的物に瑕疵がある場合において、買主に追完請求権を認めるとする立法をするときは、請負にそるえれば足りると考えられる。これは、ドイツ売買法と同様である。ただし、請負において、判例は催告なく填補賠償を認めるが、これは立法化すべきではない」と述べる。同「注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求」小林一俊 〓岡孝 〓高須順一編『債権法の近未来像(下森定先生傘寿記念論文集)』(二〇一〇年、酒井書店)所収四二三頁(四三五頁)、平野裕之「瑕疵担保責任における解除及び修補に代わる損害賠償請求」森征一 〓池田真朗編『私権の創設とその展開(内池慶四郎先生追悼論文集)』(二〇一三年、慶応義塾大学出版会、二〇一三年)所収四五三頁(四六六頁)。
- (12) 旧民法財産取得編第二七八条第一項は、「注文者力異議ヲ留メスシテ工作物ヲ受取リタルモ後日其物ノ使用ニ不適当ナル隠レタル瑕疵ヲ発見スルトキハ注文者ハ其受取ヲ取消シテ代価ノ減殺又ハ其一分ノ返還ヲ請求スル權利ヲ失ハス」と規定し

ている。

- (13) 法典調査会民法議事速記録(日本学術振興会版)三四卷一七四丁裏―一七五丁裏。
- (14) 廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(一九八七年、有斐閣)(以下、廣中・前掲書という。)六一―一頁。
- (15) この点については、旧民法が参照したと考えられるフランス民法第一七七九条第三号、第一七八七条―一七九九条(特に、「物の滅失」の場合の責任についての規定は存在するが(第一七八八条、第一七八九条、第一七九〇条、第一七九二条)、修補に関する規定は存在しないことと関連があるように思われる。もっとも、フランス民法には、第一二四二条および第一一四四条が存在していることが注意される。この点は、なお独自の研究課題である。
- (16) 廣中・前掲書六一―二頁。
- (17) 現行民法第四一四条を指す。
- (18) 岡松参太郎(富井政章校閲)『註釋民法理由下卷』(一八九七年、有斐閣書房)(以下、岡松・理由)次二五七頁。
- (19) 梅謙次郎『民法要義卷之三』(一九一一年(訂正増補一四版)初版一八九七年、明法堂)(以下、梅・要義三)七〇七頁。
- (20) 末弘巖太郎『債權各論(全)』(三版一九一九年(初版一九一七年)、有斐閣)(以下、末弘・債權各論)七一〇頁。なお、末弘の法解釈方法論については、既に瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座別巻1』(一九九〇年、有斐閣)一頁(三頁―一二頁)において、以下のように整理されている(八頁)。「戦前の法解釈方法論」の最初に採り上げられ、ここでは、「大正中期までの概念法学」として、「末弘は、その法解釈方法論を、当時の概念法学的法律学に対抗させつつ形成した」(三頁)とされ、「末弘によれば、法創造が従うべき規準、用いうる手法は次のようになる。④規範の創造は、より高次の法律規範に羈束される(一七頁)。」⑤規範の創造は、他の法律規範との均衡を顧慮しなければならない(三二頁)。」⑥同種の他の事件にも適用されるものとして、法律規範を創造しなければならない(三三頁)。」⑦既存在する法律規範が想定する社会関係に類する社会関係については、類似の法律規範を創造すべし(類推)(三三頁)。」⑧法律的判断は判例に拘束される(三四頁)。」⑨理論構成・概念構成は法律規範を創造する有用な方法である(三四頁)」と。
- ところで、末弘の主著として挙げられる民法の体系書は、一般に、『物権法』(一九二二年、有斐閣)、『債權総論』(一九二八―一九二九年、日本評論社)である(例えば、『民法雑記帳(上)(下)』(一九五三年、日本評論社)の奥付参照)。もつ

とも、「債権各論(全)」は既にそれより五年乃至一〇年前に公刊されており、本文二一―一六頁に及ぶ大著である。その「自序」において、前記引用の末弘の法解釈方法論を裏付けるが如き示唆深い態度が表明されている。「著者ハ他日尚別ニ民法序論  
民法総則 物権法 債権総論 親族法 相続法ヲ著シテ民法全部ニ関スル系統的解説ヲ完成センコトヲ期ス。之ヲ統一の  
計画ノ下ニ一括セザル所以ノモノハ研究ノ便宜ニ從ヒ隨時任意ノ形式ニ依リテ好ム所ノモノヲ公ニセンコトヲ欲スレバナ  
リ。右ノ中民法序論ハ私法ノ根本法理ヲ記述スルコトヲ目的トスルモノニシテ各篇ノ理論的關係ヨリ云ハバ寧ロ其冒頭ニ位  
スベキモノナレドモ之ガ公刊ハ恐ラクハ民法全部ニ関スル詳細ノ研究ヲ終ヘタルノ後ニアルベシ。蓋シ婦納の研究ニ依ラズ  
シテ濫ニ原理ヲ説クハ著者ノ最モ危険トスル所ナレバナリ」と。さらに、「著者ノ本書ヲ記述スルニ当リテ最モ意ヲ用ヒタ  
ルハ我国従来ノ判例並ニ学説殊ニ単行ノ網羅ト批判トニ努メタルコト是レナリ。蓋シ外国法ノ解釈論ヲ以テ直ニ我法規ニ臨  
ミ稍モスレバ外国学者ノ名ヲ貴ビテ我国同胞ノ研究ヲ蔑視スルハ世往々ニシテ其弊ヲ見ル所著者ノ最モ遺憾トスル所ナレバ  
ナリ。外国ノ立法例及学説ハ必要ニ応ジテ之ヲ参照引用セルモ単ニ是レ比較研究ノ必要アル例外ノ場合ニ限レリ」と。本稿  
のテーマに關する末弘の記述に限つても、後述の如く、債権各論に規定されている民法旧第六三四条第二項の「修補請求権」  
と「修補に代わる損害賠償請求権」とを、債権総論の選択債権(同第四〇六条。もつとも、選択債権は債権者にある。)とす  
る理解は、梅謙次郎『民法要義三』に依拠するものであり、かつ、このような理解により、より高次の体系的規範と関連づ  
ける理解が示されている点に、この点の一端がうかがわれる。後の鳩山、我妻が、有責任を前提とした不完全履行論を導入  
しつづ、末弘説を前提としている点には、末弘のかかる系統のかつ体系的理解による説得力も影響しているようにも思われ  
るのである。

(21) 末弘・債権各論七一頁。

(22) この点につき、原注49において、先に挙げた梅・民法要義に引用した2の部分を用いし、「是レ注文者ノ選択権タル選択  
債権ナリトスルモノニ外ナラザルベシ」と述べる。

(23) 末弘・債権各論七一頁。

(24) この点につき、原注50において、「同説大審四一・四・二七民録一四498」とする大判明治四一年四月二七日民録一四輯四  
九八頁は、「仕事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ請負人ニ對シテ其瑕疵ノ修補ヲ為サシメ若クハ之ニ代ヘテ損害賠償ノ請求  
ヲ為スヲ得ルコトハ民法第六百三十四条ニ規定スル所ニシテ注文者カ前者ノ請求ヲ為ストキハ請負人ノ為メニ相当ノ期間ヲ

与フ可キモ後者ノ請求ヲ為ストキハ相当ノ猶予ヲ与フルコトナク直チニ之カ請求ヲ為スラ得ルコトハ同条ノ規定ニ依リ明白ナリ」と述べている。

- (25) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下巻)』(一九二四年、岩波書店)五八四頁。
- (26) 鳩山秀夫「判例批評(民法判例批評(二) 請負工事ノ瑕疵ト報酬支払拒絶権」(大判大正八年十月一日民録二五輯一七二六頁)法協三八卷三号(一九二〇年)三七四頁(同『民法研究第四卷(債権各論)』(一九三〇年、岩波書店)所収二三四頁(「請負工事の瑕疵と報酬支払拒絶権」)。
- (27) 鳩山秀夫・前掲書五八八頁。
- (28) 鳩山秀夫・前掲書五八六頁。
- (29) 我妻榮『債権各論中巻二(民法講義V<sub>3</sub>)』(一九六二年、岩波書店)六三二頁。
- (30) 我妻榮・前掲書六三二頁。
- (31) 我妻榮・前掲書六三五頁。
- (32) 我妻榮・前掲書六三八頁。
- (33) 我妻榮・前掲書六三二頁。
- (34) 我妻榮『債権各論中巻(民法講義V<sub>2</sub>)』(一九五七年、岩波書店)二七〇頁。
- (35) 我妻榮・前掲書『債権各論中巻二(民法講義V<sub>3</sub>)』六三七頁。
- (36) 奥田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二年、悠々社)一五八頁(一六一頁)。
- (37) 拙稿「改正民法における『追完請求権』論序説」法学新報一二四卷十一・十二号(二〇一八年)一頁(八頁、二〇頁)。
- (38) 大判明治四一年四月二七日民録一四輯四九八頁。
- (39) 「訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス」
- (40) 「訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ対シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス」
- (41) 裁民二二〇号二〇一頁、金商五二〇号一九九頁。
- (42) 野口惠三「判例に学ぶ68 注文者は請負人に対し瑕疵修補請求権を行使せずに損害賠償請求権を行使できるか」NBL一三九号(一九七七年)四四頁(四七頁)は、「請負契約の注文者の場合、仕事の目的に瑕疵があったとき、その瑕疵の修補を

請求せずに、直ちに損害賠償の請求をしてもよいということが最高裁の判例として確立されたということである。この場合において、注文者は、相当の期限を定めることなく直ちに損害賠償の請求ができるということについては、すでに古い判例(大判明41・4・27)があるが、瑕疵修補請求権と損害賠償請求権とを自由に選択できるということを示した最高裁の判例は、まさにこの事件が第一である」と述べられる。

- (43) 裁民一二六号二七一頁、判タ三九四号六〇頁、判時九二七号一八四頁。なお、本判決に関しては、双方上告した事件であり、別々に判決されたものである。他方は、「相対立する債権につき相殺計算をする場合における債権額確定の基準時」、「民法第六三四条第二項所定の損害賠償債権の発生時期と期限の定め有無」に關した判決がなされており(裁民一二六号二七七頁、判タ三九四号六一頁、判時九二七号一八六頁)、むしろこちらの方が重要なものとして挙げられている。もともと、これに關しては、本稿との関係では、本文に挙げた判決が重要であることから、これのみを挙げておく(念のために付言しておく)。

(44) 判タ三九四号六〇頁の解説による。

(45) 一問一答三三六頁。なお、潮見佳男『新債権総論I』(二〇一七年、信山社)四八四頁(注147)参照。

(46) 一問一答三四〇頁。

(47) 一問一答三四一頁。

(48) 第一九二回国会の衆議院法務委員会における「現行法第六三五条ただし書の削除」の説明(法務委員会会議録一四号二二頁)。

(49) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(二〇〇二年、有斐閣)二五四頁。なお、本文でも述べたが、削除された旧第六三四条第二項の援用部分(例えば本文の引用部分の続き部分)、および、森田教授が基礎とされる、瑕疵修補請求権は「現実賠償」としての法的性質を有するとされる観点からの根拠づけの部分(例えば二六〇頁)については引用を省略している。なお、加藤雅信Ⅱ加藤新太郎編著『現代民法学と実務(下)―気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く―』(二〇〇八年、判例タイムズ社)「第14章 瑕疵担保責任とは何か」二六七―二六八頁も参照。なお、原田剛『請負における瑕疵担保責任(補訂版)』(二〇〇九年、成文堂)九頁(注13)。

(50) この点の解釈論としては、冒頭にも指摘した注(10)の磯村教授の解釈論がある。この解釈論は、「履行請求権の延長」と「修補に代わる損害賠償」論序説(原田)

しての「履行の追完」を求める修補請求であることから、その債務の履行に要する費用を、「弁済の費用」(第四八五条)として債務者の帰責事由を必要としないで請求できること、あるいは、質借人の必要費償還請求権(第六〇八条)類似の関係にあることから、不当利得返還請求権である(第七〇三条、第七〇四条)ことを根拠として基礎づけられるものである。筆者も、瑕疵修補に代えて修補費用請求を肯定される磯村説に賛同するものである。もつとも、その解釈論(とりわけ法的根拠論)については、なお検討すべき点があるようにも思われる。この点については、別稿において改めて論じたい。

(本学法学部教授)